4§7



POR
D. RODRIGO
DE CAÑAVERAL Y CARdenas, señor de la villa de Peñaflor.

CONTRA
DON GONZALO DE Cardenas y Cordoua, Cauallero de la Orden de Calatraua, y Ventiquatro de Cordoua.

En Granada, En la Imprenta de Martin Fernandez Zambrano, en la calle de los Gomeles, Año de M. DC. XXXIII.

DON Rodrigo pretende, como sucessor legitimo de los mayorazgos que instituyeron, el Alcalde Pedro de Cardenas, y Luys de Cardenas, que se ha de confirmar el auto del Iuez de Peñaflor, en que le mandò dar la possessiõ de los bienes que se especifican en el memorial. Y rebocar el que proueyò el de Cordoua, denegando el cumplimiento de la requisitoria.

2 ¶ Y Don Gonçalo pretende todo lo contrario.

3 ¶ Del hecho deste pleyto se ha dado memorial ajustado con las partes, de manera que no necessita de nueuo aditamẽto, y assi passaremos al derecho, distribuyendo esta alegacion en dos partes.

4 ¶ En la primera se proponen algunos fundamentos, que generalmente tocan, y comprehenden todos los bienes, sobre que es este pleyto.

5 ¶ En la segunda se discurrira mas indubitablemente, sobre algunas possessiones, especificandolas, y proponiẽdo las mas razones y fundamentos que para ellas assisten, en fauor de don Rodrigo.

PRIMERA PARTE.

6 ¶ El primero fundamento que justifica la pretension de don Rodrigo, consiste, en que sus testigos (que son diez y ocho) vienen a concluyr, que las possessiones sobre que se litiga, las hã visto tener y posseer por de mayorazgo, por mas tiempo de quarenta, y cincuenta años, a doña Maria de Vitoria, y a su padre Luys de Cardenas, y algunos dizen de publica voz y fama, Memorial, *ex num.* 34. 35. 38. *& seqq.* porque es conclusion llana en derecho, en que todos los Doctores conuienen, que si los bienes se han posseydo por feudales, ò emphiteuticos tiempo de treynta, ò quarenta años, se han de juzgar por tales, aunque no se muestre inuestidura, sin que sea de consideracion la presuncion alodial; porque se elide con la possessiõ de tãto tiempo, de quo est text. elegans, *in cap. 1. § si quis per triginta si de fœud. defunct. contẽtio sit inter dominum, & agnat.* & tradunt ibi Afflict. & reliqui scribentes, idem Afflict. *in cap. 1. num. 287. ex quibus caus. fœud. amittat.* Ias. *in l. 2. num. 155. ad fin. & nu 159. & 192. C. de iur. emphiteutic.* Isernia, *in cap. 1. nu. 11. Vers. Sine Principis, de controuers. fœud.* Corn.

cons.

conſ. 51.*num.*7. *volum.*3. Socin. ſen. *conſ.*60. *num.*5. *vol.* 4. Socin. iun. *conſ.*82. *princip. volum.*4. Crauet. *de antiquit. temp.* 5.*par. n.*13. Caualc. *deciſ.*16. *num.*21. *par.*4. ibi: *Vel ſufficeret tempus triginta annorum, cum allegatione tituli præſumpti: licet lex reſiſteret, dum modo eſſent capaces ille tituli,* Maſcar. *de probation. concluſ.* 768. *num.* 1. Pereyra, *de renouat. emphiteu. quæſt.* 15. *num.*2. Gamm. *deciſ.* 127. *num.* 1. Iul. Clar. *in §. fœudum, quæſt.* 19. Parlador. *in ſex. qui centur. differentia,* 71. §. 3. *num.*7. Tiraquel. *in tractat. de præſcrip. gloſ.*4. §. 1. *num.*34. & 35.

7 ¶ Quamobrem, Mieres, 4.*par. quæſt.*21. *num.*71. limitás *legem* 41. *Tauri.* ſingulariter dixit: *Ex quibus locis inferabam, quod ſi poſſeſſor bonorum maioratus opponat ſe executioni factæ per aliquem creditorem ſui prædeceſſoris in bonis maioratus, tanquam liberis, non tenetur ad defendendum talia bona, probare præſcriptionem immemorialem cum qualitatibus requiſitis, per legem* 41. *Tauri, ſufficit ei probare præſcriptionem quadraginta annorum, vel aliam ſimilem.*

8 ¶ Y lo miſmo afirma Mandelo de Alba, *conſ.*657. donde por auerſe poſſeydo vnos bienes por feudales quarenta años, entre otros que lo eran, cócluye diziendo: *Ex quibus videtur, quod dictus dominus Philippus modernus Comes, contra creditores poſsit ſe tueri, allegando bona feudalia, quæ tenere poteſt, licet hæres non ſit.* Vueſembechi. *conſ.*4. *num.*87. *par.*1. Mantic. *de contractib. tom.* 2. *lib.*23. *tit.*6 *num.*29.

9 ¶ Y tambien es principio llano, y concluſion cierta, que por la publica voz y fama que don Rodrigo tiene prouada, de q̃ eſtos bienes ſe han poſſeydo de mas de cincuenta años a eſta parte por de mayorazgo, es baſtante para que ſe ayan de conſiderar con calidad de vinculados, ſola enim fama in antiquis probat bona eſſe fœudalia, Alex. *conſi.*15. *num.*1. *lib.*5. & *in l. priuſquam, nu.*42 verſi *Secundo limita, ff. de nou. oper. nunciation.* Anton. Gabr. *lib.*3. *cómunium titul. de fœud. concluſ.*3. *num.*2. Roland. *conſi.*82. *num* 28. *lib.* 2. Afflict. *in cap.*1. *num.* 291. *ex quibus cauſ. fœud. amittatur.* Alciat. *de præſumption. regul.*2. *præſumption.*3. *num.*3. verſi *Fallit ſecundo,* Maſcardo alios referens, *concluſ.*79. *num.* 15.

10 ¶ Y ſi opuſiere que los teſtigos que ha preſentado don Rodrigo ſon vezinos de Peñaflor, y que ſiendo ſus vaſſallos non ſunt integræ fidei, & omni exceptione maiores, ex traditis à Farinac, *de teſtib q.*55. *n.* 212.

11 ¶ Facile remouetur hæc opoſitio. Tùm, porque la regla de que el vaſſallo, ò ſubdito, ratione iuriſdictionis admittatur, vt pro domino ferat teſtimonium, pro nobis militat, vt ex pluribus docet Farinac. *dict. quæſt.*55. *num.*181. & 203. maximè, ſi el hecho

cho

cho de que depone(vt in nostra specie) passò y sucedio en el lugar del vassallage, tùnc tanquam magis informati admittendi sunt, Afflict. *decis*. 304. *num*. 9. *num*. 13. versi 9. *fuit opinio*, & Vrsil. *in addition. num*. 7. idem Farin. *dict. quæst*. 55. *nu*. 192. & 207. ¶ Tum, porque aquella limitacion y doctrina se ha de entender quando son dos, ò tres los testigos, pero quando el numero es tan copioso como el que ha presentado dõ Rodrigo (que son diez y ocho) no corre, en este caso, quia numerus testium suplet eorum defectum, ac inhabilitatem (quando la huuiera) *glos*. verbo, *numerus, in l*. 3. *ff. de testib*. Philip. Corn. *in l*. 1. *num*. 35. *C. de testament*. ex multis Farin. *de testib. quæst*. 62. *num*. 309.

12 ¶ Rursus, si se replicare, que posseyendo doña Maria de Vitoria los bienes de su padre, no se puede dezir que los posseyò por de mayorazgo, pues los pudo posseer por titulo de herencia legitima. En comprouacion de lo qual es a proposito la doctrina de Baldo, *in l*. 1. *C. de reuocand. donationib*. para impugnar los testigos que deponen, que posseyò doña Maria los bienes por de mayorazgo, el qual dize, que los testigos pueden ver posseer, pero no porque causa se possea: y assi el transcurso no puede obrar possessión limitada al titulo de mayorazgo.

13 ¶ Respondemos, que aunque la doctrina de Baldo, in *dict. l*. 1. ibi: *Intrinseca conscientia possessoris ignota est*, es verdadera, y seguida de todos, para prouar, que el testigo no puede juzgar ex solo actu possidẽdi, porque titulo se possea, si cõcurren muchos. Pero el mismo Bald. se limita, paulò inferius in eadem *l. num*. 1. *ad fin*. vers. *Sed si apparet*, diziendo, que si al tiempo de entrar en la possession, el que la aprehende, declara el animo, y expressa titulo en cuya virtud la toma, seria bastante argumento para presumir el testigo, que por aquella causa y titulo ha posseydo: y assi auiendo doña Maria de Vitoria por su curador, muerto Luys de Cardenas su padre, aprehendido la possession destos bienes por de mayorazgo, *memor. fol*. 4. *num*. 15. declarando el titulo por donde entraua a posseerlos; precissamente se ha de entender, que la possessìon se continuò debaxo de aquel que expressò el principio della, *quia possessio non solùm continuata præsumitur, & non interuersa*, Bald. *in l. si Pomponius, per illum tex. ff. quib. mod. vsusfruct. amittatur*: verumetiam, & qualitas possessionis, secundùm Abb. & Felin. *in cap. inter dilectos, de fide instrumentorum*, Alciat. *de præsump. regul*. 2 *præsumpt*. 22. Decius, *cons*. 517. *num*. 6. Mandel. Aluen. *cons*. 382. *num* 63. Garc. *de nobilit glos*. 12. *n*. 35.

14 ¶ El segundo fundamẽto q̃ fauorece el intento de dõ Rodrigo, resulta de aquesta declaracion y confession q̃ hizo do-

ña Maria de Vitoria al tiempo que pidio la possessión judicial, muerto su padre, de estos mismos bienes, confessando llanamẽte por su curador, q̃ todos ellos eran vinculados, *Memor. num. 15.* porque la confession del posseedor basta para constituyr los bienes por vinculados, para q̃ se presuman serlo, no solo en su perjuyzio, sino tãbiẽ en el de aquel q̃ viene a tener causa del, ò ser su singular successor (y lo q̃ mas es) de los acreedores cõquiẽ despues contrae, vt animaduertit circa bona fœudalia, Rosental. *de fœud. c. 12. conclus. 15. nu. 79.* Mantic. *de contractib. 2. tom. lib. 23. titul. 6. num. 29.* ibi: *Quartus casus est, quando vassallus confitetur bona, de quibus agitur esse de pertinentijs castri; deindè post confessionem alicui obligat, vel alienat, qui verò in fœudo succedit, hæc bona asserit esse fœudalia contra creditoris vassalli defuncti, à quibus conuenitur, vel ab eis qui possident hæc bona petit, & in hoc casu præsumuntur fœudalia; quia confessio, vel recognitio defuncti nocet etiam singulari successori, qui ab eo causam habuit post cõfessionem.* Paul. Castrens. *cons. 247. num. 1. lib. 1.* Socin. sen. *cons. 50. num. 8. & cons. 68. num. 6. lib. 4.* Crauet. *cons. 29. num. 1. & consil. 217 num. 7.* Stephan. Gratian. *discept. forens. tom. 4. cap. 736. n. 54.* Rota, *diuersor. decis. 797. num. 7. par. 1.* Menoch. *præsump. 101. n. 12. & 16. lib. 3.* Caualc. *decis. 36. num. 521. part. 2.* Surd. *consil. 410. num. 2. lib. 3.* Roland. *cons. 82. num 37. & sequent. & nu. 40. lib. 2.* Mandel. Albens. *cons. 382. num. 59.* Mascard. *conclus. 768. nu. 11.* Menoch. *cons. 202. nu. 37.*

15 ¶ Et in confessione facta à possessore maioratus, idem profitetur Burg. de Paz, *cons. 9. num. 1.* ibi: *Qnim ex ipsius Comitis possidentis assertione, qua palàm dicta bona maioratus esse probantur,* Azebed. *in dict. l. 1. num. 25. titul. 7. lib. 5. recopil.* Mencha, *de success. creation. lib. 1. §. 5. num. 5. ad medium.*

16 ¶ Y no serà euasion considerable contra este fundamẽto, dezir, que aquella confession y autos de possession los reuocò doña Maria, pidiendo restitucion contra ellos, *Memor. fol. 5. num. 17.*

17 ¶ Porque esto fue el año de 614. veinte años despues de auer tomado la possession que fue el de 594. *Memor. num. 15.* Y por el transcurso de cinco años, ò por el de diez, si es donacion, despues de auer llegado el menor, q̃ hizo el acto, a edad de veinte y cinco, induze la ley aprobacion y ratificacion del, ora lo aya hecho el menor, ora su curador, o tutor, *l. 1. 2. & fin. C. si maior. fact. alienation. rat. habuer.* vbi communiter interpretes.

18 ¶ Y esta ratificacion se retrotrae al tiempo del acto, aunque sea nullo, eleganter Alex. *cons. 117. num. 5. volum. 2.* Ant. Gabr. *commun. opin. titul. de minoribus, concl. 4. num. 2.* Porque la ley

puede

puede aprouar el acto nullo, vt ex tunc, *l. cum hic status, ff. de donationib. inter vir. & vxorem, l. 2. C. si quis alter, vel sibi,* Aret. *cons. 28. num. 4.* Detius, *in l. qui non prohibet. num. 16. ff. de regul. iur.* Tiraquel. *de retract. consan. §. 1. glos. 10. n. 63. in fin.* y assi quando doña Maria tratò de reuocar la confession, y declaracion que en su nombre auia hecho su curador, y a la ley, por el transcurso del tiempo, y por el largo silencio, auia obrado ratificacion irreuocable, & consequenter impression de aquella calidad de vinculados en los dichos bienes.

19 ¶ Nihil etiam, præmissis fundamentis, nocebit decisio, *l. 41. Tauri,* quedãdo la forma en diuidual de prouãça de los mayorazgos, dize: que sea *por la escritura de fundacion, y de la facultad Real, ò por costumbre inmemorial.*

20 ¶ Porque se responde. Lo primero, que aunque esta ley puso tres modos de prouar el mayorazgo, no por esso fue visto auer excluydo los demas generos de prouanças que el derecho tiene introduzidos; ideoque se admite otra qualquier, aũque no sea inmemorial costumbre, ni la escritura de la institucion; porque ni la vna, ni la otra es de essencia, de manera, que sin ella no se pueda prouar mayorazgo, *sic prædictam l. intelligunt* Dom. Molin. *lib. 2. cap. 8. num. 3.* ibi: *Non ideò præcissè scripturam, seu immemorialem præscriptionem ad maioratus probationem requirere cẽsenda erit, sed ea lex aliquos modos maioratum probandi simpliciter recẽsuit, ex quorum exemplificatione cætera genera probationis exclusisse non videtur,* Molin. Theolog. *de iustit. & iur. tom. 3. disput. 600. num. 1.* cum alijs D. Ioan. del Castill. *lib. 4. controuer. cap. 9. nu. 19. & 85.* D. Christoph. de Paz, *lib. 1. de tenut. cap. 27. num. 17.* Albar. Valasc. *de iur. emphit. quæst. 7. num. 18.* propterea firmat Menchac. *lib. 1. de success. creation. §. 5. num. 5.* quod vbi adest confessio maioratus necesse non est alia probationum specie, de quibus in *dict. l. 41.* Tauri, & verba eius sunt: *Vndè formam probationis, quæ in maioratus causa requiritur, per l. 41. Tauri, dicebam posse prætermitti, vbi adesset cõfessio partis, qua stante obseruatio formæ superfluit.*

21 ¶ Lo segundo se responde. Que la decision de la *l. 41.* de Toro, solo procede quando se trata de proprietate bonorum maioratus, non verò, quando el juyzio es possessorio (como en nuestro caso, que solo se trata de la possession de los bienes sobre que se litiga) in qua specie no es necessaria inmemorial prescripcion, sed sufficiunt liuiores probationes, prout loquẽs in terminis, docuit Mieres. *3. part. quæst. 15. in princip.* ita subiiciens: *Ad cuius quæstionis resolutionem supponendum est, quod licet ad probandum aliqua esse bona maioratus in proprietate requirantur, tradita in l. 41.*

Taurin,

Taurina, & maioratus probari debeat per vnum de modis in dict. l. scriptis, Illa lex (videri meo) procedit vbicumque, lis est super proprietate bonorum maioratus, & non super possessione. Nam quando agitur super possessorio maioratus, leuiores sufficiunt probationes, non requiritur tam exacta probatio, sicut si lis esset super proprietate: quod probatur ex d spositione, l. 1. §. & si ea, & § generaliter, ff. de ventr. in possess. mittend. vbi patet quod sufficit summaria cognitio, licet non sit multum aperta ad hoc, vt mulier mittatur in possessionem, super quibus est contentio: ad idem est text. in l. 3. §. summatim, ff. de Carbon. ædict. ibi: *Si verò ambiguam causam (hoc est) vel modicum pro puero facientem, vt non videatur filium non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem, &c.* ¶ Y prosigue numeris sequẽtibus, trayendo muchos fundamentos y razones, en confirmacion desta inteligencia, y en especial, en el *num.* 3. pondera *la l.* 8. *titul.* 15. *lib.* 4. *recopil.* que dispone: *Que probando los señores, que por espacio de quarenta años han estado en possession de lleuar algunas imposiciones de sus vassallos, sean amparados en ella; pero que para obtener en la propiedad, han de prouar la inmemorial costumbre.* ¶ Y tambien pondera la *l.* 12. *titul.* 22. *part.* 1. cui consonat, *l.* 8. *titul.* 11. *lib.* 2. *ordinament.* por la qual se prueua, que para conseguir hidalguia en propiedad, es necessario prouança inmemorial de nobleza; pero para obtener en la possession, menores, y mas leues prouanças bastan, & tandem post plura, *num.* 7. sic inquit: *Ex quibus confirmo auream, & peregrinam decisionem Rotæ in nouis olim 117. hodie 7. titul. de restitution. spoliator. fol. 167. vbi resoluit, quod in iudicio possessorio sufficiunt testes de auditu, &c.*

22 ¶ Præterea non aduersabitur, si se dixere por la otra parte, que el intento de don Rodrigo es frustratorio, porque se deshaze, y desuanece por los mismos instrumentos y papeles presentados, pues por ellos consta, quales, y quantos son los bienes vinculados; videlicet, por los autos de vista y reuista del año de 532. *M. mor. num.* 11. y q̃ auiendo titulos que los especifican y limitan a estos, se ha de referir y atribuyr los actos positiuos de possession de los sucessores, *l. minus instructus, C. de adquiren. possess. l. 1. §. 1. ff de exceptit. rei iudicat. l. quædam mulier, ff. de rei vend.* Bald. *cons.* 89. *num.* 4. *volum.* 1. Crauet. *cons.* 226. *num.* 5. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 67. *num.* 1. *& seqq* y assi los demas bienes que pretende se han de tener por libres.

23 ¶ Porque respondemos. Lo vno, que en aquellos autos de vista, y reuista, tan solamente se declararon los bienes del vinculo que fundò Pedro de Cardenas; pero no se tratò del de Luys de Cardenas, hermano de Iuan, cõ quiẽ se litigaron, ni cõsta por los del pleyto auerse hecho apelacion alguna de bienes a este.

24 ¶ Y

24 ¶ Y supuesto que todos los bienes que pretendemos, indistinctamente se han posseydo de tanto tiempo a esta parte por vinculados: dezimos, que esta possession a obrado, que los bienes que no se comprehenden en la cosa juzgada del año de 532. se ha de entender auerse posseydo por vinculados, con vna tacita relacion al mayorazgo de Luys de Cardenas; porque vno de los attributos y efectos que tiene la possession, es, que aunque se exhiua titulo limitado (y lo que mas es) aunque sea inhabil, siendo possible otro, a este se refiere tambien, y se presume, que en virtud del ha procedido la possession, hęc propositio exactissimè probatur, ex traditis à Iacob. Pute. *decis.* 366. *num.* 2. *lib.* 1. Hieronym. Gonçalez, *in regul.* 8. *Chancell. in præhem* §. 7. *nu.* 130. Lapp. *allegation.* 89. *num.* 16. *& num.* 17. *ad fin.* Crescens. *decis.* 21. *num.* 4. *de probationib.* Sarnens. *de triennal quæst.* 10. cum alijs Cassador. *decis.* 3. *n.* 7. *de procurat. & decis.* 4. *tit. de caus posses & propriet. num.* 4. *ad fin & num.* 5. Ludou. Gomet. *decis. Rotæ* 317. *nu* 4. *&* 5. Alexan. Ludouis. *decis.* 353. *num.* 9. *cum tribus seqq.* Seraphin. *decis.* 974. *num.* 3. *&* 4. & Roca diuers. *decis.* 598. *tom.* 1. *num.* 10. todos los quales concluyen, que no se atiende tāto al titulo limitado, ò inhabil, que se representa en los autos, como al que es possible auerse produzido ex antiqua possessione. Y en nuestro caso, no solo es possible el titulo, a q̃ queremos referir la antigua possession, sino que tiene verdadera y real existencia, como es la que resulta dela disposicion testamentaria de Luys de Cardenas.

25 ¶ Y don Rodrigo se vale para prouar su intencion, no solo de la cosa juzgada del año de 532. que tiene en su fauor el mayorazgo de Pedro de Cardenas, sino tambien de la antigua possession que tiene prouada, de como todos los bienes, sobre que se litiga, se han posseydo por vinculados, supliendo con esta los que no se comprehenden en aquella.

26 ¶ Lo otro, porque quando dieramos que la proposiciō antecedente tuuiera alguna duda por no auer actos declaratiuos en esta possession, por donde se deua presumir, que fue con relacion aquel titulo del mayorazgo que instituyò Luys de Cardenas. En lo que parece que no la ay, es, en que presuponiendo, cōforme a la prouança de don Rodrigo, que todos estos bienes generalmente sin distincion, y diuision alguna, se han posseydo de cincuenta años a esta parte por vinculados, se deue presumir, que los que no estan inclusos en los autos de vista y reuista del año de 532. *Memor. num.* 11. los antecessores de doña Maria Victoria los vnieron è incorporaron con los que alli se especificarō, para que fuessen tambien vinculados, y anduuiessen juntos, de-

baxo

baxo delas mismas calidades, condiciones, y grauamenes; porque auiendose posseydo inseparables, con esta calidad, por espacio de quarenta años, la presuncion es, que estan vnidos, y que precedio acto de vnion, e incorporacion, con los requisitos que fueron necessarios para tener perfecta subsistencia, Menoch. *lib. 6. præsumption.* 80. *num.* 3. ibi: *Declaratur secundò, vt locum non habeat, quando tamdiù vnio obseruata est, nàm tunc præsumitur*; & iterum illic: *Et hæc quidem præsumptio procedit, tàm respectu ipsius substantiæ actus, nempè vnionis, quàm solemnitatis est*, & post Ioan. Andre. Cardinal. Felin. Rebuff. Tiraquel. Mieres, 3. *par. q.* 20. *n.* 4.

27 ¶ Et sic adhuc obiiciatur, que algunos destos bienes q̃ no estan comprehendidos en la cosa juzgada de 532. se diuidieron por muerte de Iuan de Cardenas, entre sus hijos.

28 ¶ Breuiter tollitur hæc obiectio, aduirtiendo, que la partició delos bienes de Iuan de Cardenas, se hizo el año de 544 *Memor. num.* 14. de manera q̃ corrieron hasta la muerte de doña Maria Vitoria 87. porque murio en Abril de 631. *Memor nu.* 18. *&* 19. y bien se compadece (quando sin perjuyzio de la verdad concedieramos que fue valida, y si adjudicaron algunos destos bienes por libres) que despues de ella, ayan mudado la calidad de alodiales, y conuirtiendose en vinculados, mediante la vniõ, e incorporacion, que por tan largo discurso de tiempo, se presume auer precedido, pues el de quarenta años se tiene por bastãte para introduzirla.

29 ¶ El tercero fundamento, y el mas principal de nuestra justicia, le constituymos, en que auiendo prouado con tanto numero de testigos don Rodrigo, que todos estos bienes se han posseydo, demas de cincuenta años a esta parte, por de mayorazgo, y q̃ hã estado en esta comũ fama, y reputació, assi en tiempo de los antecessores de doña Maria, como en el suyo; hallandose con esta calidad, y en esta comun estimacion, siendo el que se trata juyzio possessorio, se le ha de dar la possession dellos, como a successor de los vinculos de Pedro, y de Luys de Cardenas, sin embargo de la contradicion de don Gonçalo de Cardenas: in tali enim iudicio semper attẽditur vltima possessio, & vltimus illius status: ita docuerunt Bald. *in cap.* 1. *de feud. cognition.* Oldral. *cõs.* 412. Abbas, & alij, quos conuocat Vincentius Carrot. *in tract. de locat. quæst.* 7. *num.* 22. *&* 23. & ex nostratibus, in eadem specie loquentes, Rodrig. Suar. *in titul de las herencias, num.* 24. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidianar. c.* 5. *n.* 18. *&* 19. ibi: *Quin hoc amplius dico, si super maioratu esset aliquid dubij vltimus tamen possessor ea bona, tanquam bona maioratus habebat, & possidebat, & ita habebãtur, & reputantur potiorem*

debe-

debere esse causam primogeniti, seu proximi in maioratum successoris, quam hæredis immissionem petentis, sicuti bellissimè scribit Suarez, titul. de las herencias, num. 24. cui suffragatur oppido, text. in cap. cum venissent de institution. atque id, quod vulgo dicitur, vltimū rei statum inspiciendum esse, l. ea demum, & l. illud, C. de collation. l. si mater, C. de stat. defunctor. l. si. C. de ordin. cognition. & nè longiùs ab eam probat lex ipsa fin. C. de ædict. Diui Adrian. tollend. Adde, quod nostrates leges magis fabent maioratus successori, quàm hæredi instituto, &c. Et Dom. Ioan. del Castill. lib. 3. cap. 24. num. 39. & 40. subscripsit huic Parlador. sententiæ dicés: Quod quando vltimus maioratus possessor habebat bona, tanquam bona maioratus, vocatus ad primogenium, est legitimus contraditor, & si non constet de titulo maioratus, & debet præferri hæredi in addipiscenda possessione, quod rectè ibi resoluitur, & iuridicè, & est notandum, cum frequenter contingat, maioratum vltimum possessorem de bonis maioratus disponere, & cōtendere, quod in ipso vocationes omnes, & simul maioratus finiuntur, aliūq; hæredem instituit: tunc nempè, is qui de iure, ac iuxta ordinem succedendi admitti debet, impediet equidem hæredi instituto remedium dict. l. fin.

30 ¶ Et cæteris longè præstantius, resuelue la question en los indiuiduales terminos deste pleyto, Mieres, 3. part. quæst. 20. ex num. 1. ita enim inquit: Vigesimo quæro an beneficium prædictæ legis 45. Tauri, locum habeat, vbicumque non constat realiter, & verè, quod bona in quibus possessio debet transferri, sunt maioratus; sed tamē apparet, quod stant in quasi possessione, & reputatione bonorum maioratus. In quo breuiter veritas mihi videtur, quod etiam in hoc casu habeat locum d. l. 45. quod fundatur ex doctrina Bald. & in l. eam quam, num. 8. fol. 140. C. de fideicommiss. vbi dicit: Quod quando aliqua qualitas requiritur, & agitur de possessione, & paruo præiudicio, sufficit probare possessionem illius qualitatis, & si non probetur verè, quod adest illa qualitas, facit l. 1. §. summatim, ff. de Carbon. ædict. l. 3. §. parui, & §. si quis liber, ff. eodem titul. &c. Et prosequitur vsque ad finem quæstionis, plura cumulans in confirmationem prædictæ resolutionis.

31 ¶ Los Abogados de don Gonçalo bien reconocen ser cierta y verdadera esta doctrina; sed vt tellum effugiant eam retorquent, diziendo, que el vltimo estado y calidad, cō q̄ estos bienes se hallaron al tiempo de la muerte de doña Maria, fue de libres, y no de vinculados; porque desde el año de 614. se los auia donado por tales al dicho don Gonçalo su marido.

32 ¶ Pero les conuencemos con precissa euidencia. Lo primero, porque auiendo entrado el año de 594. en la possessiō destos bienes doña Maria de Vitoria, con expressa causa de que eran vinculados, como hija de Luys de Cardenas, y sucessora de los mayorazgos de Pedro, y Luys de Cardenas (como queda ad-

uertido

uertido supra num.) no pudo despues la susodicha, absque noua causa, vel aliquo extrinsecus aduenientc, mudarse la de su possession, ex *textu expresso, in l. cum nemo, 5. C. de adquired. possession.* ibi: *Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, vbi glos. 1. & 3. & in l. 3. §. illud, ff. eod titul. & in l. non solum, §. 1. ff. de vsucapion. cum alijs similibus.*

33 ¶ Lo segundo, porque la donacion que doña Maria otorgò en fauor de don Gonçalo, destos bienes, el año de 614. por la sentencia del pleyto de jactancia que passò en fuerça de cosa juzgada, *Memor. num. 17. & num. 150.* se declarò que era nulla, con que aquel titulo, y todos los demas efectos y consequencias que del quisieren inferir, quedaron desuanecidos y deshechos, y sin total subsistencia ex iurib. vulgaribus.

34 ¶ Vndè, no es justo se atienda aquel titulo, ni possession, pues todo ello iuris censura, auiẽdo se anulado, es lo mismo que si no huuiera sido in rerum natura, ni tenido existencia, con que es precisso considerar los bienes, en el mismo estado, y con la calidad con q̃ se introduxo en su possession doña Maria, muerto su padre, & consequenter como vinculados.

SEGVNDA PARTE.

Dehesa de Tablada.

35 ¶ A los fundamentos que en la primera parte quedan ponderados, se añaden las consideraciones siguientes, por esta dehesa de Tablada.

36 ¶ La primera, que en quanto a la prouãça, de si es vinculada, y se ha posseydo por tal; La de don Rodrigo es innegablemente superior; porque diez y ocho testigos presentados por su parte en la quinta y sexta pregunta, *Memor. ex num. 34. vsque ad 45.* Concluyen vnos, que de sesenta años a esta parte. Otros de cincuenta. Otros de quarenta, la han visto posseer por vinculada a doña Maria, y a sus antecessores, y que en esta comun reputacion ha estado siempre.

37 ¶ Y don Gonçalo, en la segunda pregũta, *Memor. n. 48.* donde articulò que eran libres las dos partes desta dehesa, ha presentado cinco testigos, cuyos dichos se refieren, *Memor. num. 49.* Y los quatro dellos dizen: *Que no sabẽ si la dicha dehesa es vinculada, o libre.* Y Iuan Garcia Castillejo *Memor. num. 50.* afirma, *Que desde que se sabe acordar, y siempre la ha tenido por de mayorazgo, como lo tiene declarado.*

38 ¶ Vndè,

38 ¶ Vndè podemos seguramente dezir, que en quanto a esta dehesa, no solo no ay prouança contraria a la de don Rodrigo: imò potiùs que es coadjuuante la de don Gonçalo, porque de los quatro que deponen, que no saben si es libre, ò vinculada, no resulta prouança en su fauor. Y de lo que testifica Iuan Garcia Castillejo, resulta en el nuestro plena prouança, ex eo quod testis contra producentem facit plenam probationem, vt ex pluribus concludit Frarinac. *de testib. quæst. 62. n. 237.*

39 ¶ La segunda, porque esta dehesa no se diuidiò, ni partiò entre los herederos de Iuan de Cardenas, en la particion del año de 544. como lo afirma el Relator, *Memor. num. 47. fol. 11. ad finem*, de donde se infiere con precissa euidencia, que toda ella lo posseyò como vinculada el mismo Iuan de Cardenas, y que sus hijos reconocieron lo era, y assi se la dexaron indiuisa a Luys de Cardenas, padre de doña Maria (que era el sucessor de los mayorazgos de Pedro, y Luys de Cardenas.) esto por dos razones concluyentes.

40 ¶ La vna, porque quando se hizo particion de bienes, diuidiendose los que eran libres entre los herederos, los que se quedan indiuisos, se presume, que fue porque eran sugetos a fidei commisso; ita ex doctrina Deciani, & Peregrin. censuit Vincent. Fusar. *de substit. q. 618. n. 16.*

41 ¶ Especialmente si aquella parte que quedò indiuisa, estaua vnida a otra que indubitablemente era vinculada, y sugeta a restitucion, prout resoluit in eadem specie consulens Tiber. Decian. *respons. 76. num. 18. lib. 3.* hęc verba subiiciens: *Sic ergò in proposito nostro dicendum erit, quod cum pars istorum bonorum, quæ pro liberis non sunt nominata in dictis diuisionibus, dato quod concludenter absq; alia probatione non probarentur esse subiecta fideicommisso: tamen cum probetur plenissimè partem, in quam eorum esse subiecta fideicommisso, tàm per testamentum fideicommitentis, quàm per confessionem aduersarij, omnia etiam reliqua simpliciter nominata, absque expressione, quod sint libera in totum, vel in parte, censebuntur tota fideicommisso subiecta.*

42 ¶ La otra razon es, porque sin especie de duda el argumento y conjectura mas eficaz que ay, para prouar que los bienes son de mayorazgo, es, que auiendo auido otros hermanos, el primogenito solo sucedio en ellos sin darles equiualẽcia; pues vemos que la *l. 41. de Toro*, quiere que se prueue esta circũstancia, (calificacion cierta) de que es la mas importãte para induzir por ella mayorazgo, y perpetuo vinculo, inquit enim: *Es a saber, que los hijos mayores legitimos, y sus descendientes, sucedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor del dexasse otro hijo, ò hijos*

legitimos, sin darles los que sucedian en el dicho mayorazgo alguna cosa, ò equiualencia por suceder en el. & eandem coniecturam, vt necessariam ex *dict. l. 41.* expendunt Dom. Molin. *lib. 2. cap. 6. num. 22.* Auend. *in eadem l. glos. 9. per totam.*

43 ¶ Y equiualencia alguna no consta, por aquella particion que hiziesse Luys de Cardenas a los demas herederos de su abuelo Iuan de Cardenas.

44 ¶ La tercera, porque en la donacion q̃ el año de 614. otorgò doña Maria Vitoria, en fauor de don Gonçalo, no està comprehendida esta dehesa, como lo aduierte el Relator, *Memor. num. 47.* que no es el indicio que menos persuade a entender, que la dicha doña Maria, y sus antecessores la posseyeron por vinculada: pues no es de creer, que si en su concepto no fuera cosa assẽtada el serlo, auiendose resuelto a donarle vniuersalmente todos los bienes rayzes, y possessiones que tenia (en que se incluyen los de este pleyto) dexara exceptuada esta dehesa.

45 ¶ Ni tampoco lo es, que dexò de tener el mismo concepto el dicho don Gonçalo: pues teniendo solicitada la voluntad de doña Maria, y reduzida a que le hiziesse tan vniuersal donacion, no auia de excluyr della la possession y pieça mas importante, como eran las quatro partes que pretende desta dehesa, cõ su agua, sino fuera reconociendo, que por ser vinculada, venia à ser frustratoria, y sin consistencia.

46 ¶ Vndè prouenit, que en quanto a la dicha dehesa de Tablada, no puede auer lugar la replica de los Abogados contrarios, de qua sup. *num.* porque no auiendose comprehendido en la donacion, siempre permaneciò en el mismo estado, y con la misma calidad de vinculada, cõ que aprehendio su possession doña Maria: y assi respeto della, las doctrinas de Parlador. D. Castill. y Mieres, citados, *num.* corren seguramente.

47 ¶ La quarta consideracion resulta, de que aunque en el discurso de su vida, Luys de Cardenas tomò algunos censos, y a la paga de sus reditos, obligò, y hypotecò algunos bienes de los contenidos en el Memorial, sobre la dehesa de Tablada, no ay impuesto censo, ni se halla que estè hypotecada en ninguno de los que impuso el dicho Luys de Cardenas: argumento infalible de lo que vamos fundando; porque no pudo tener otro ministerio el reseruar esta dehesa, sino el tenerla y posseeila por vinculada, vt probatur ex his, quæ in proposito tradiderunt Crauett. *in responso pro genero, num. 434. & seqq.* Nata, *cons. 446. nu. 15. & sequentib.*

48 ¶ Præmissis considerationibus accedit, que las cinco partes,

partes, de nueue desta dehesa, son vinculadas por el testamento de Pedro de Cardenas, y por las escrituras de vetra presentadas, y por los autos de vista y reuista del año de 532. *Memor. num.* 11. (y lo confiessa la parte contraria) y siendo la mayor parte estas, por necessaria consequencia se deue presumir, que las otras quatro tambien son vinculadas, y de la misma calidad, no prouandose lo contrario, *vt est text. in cap.* 1. *§. cum autem si de fœud. def. nct. fuer. controuer. & in cap.* 1. *de controuers. inter mascul. & fœmin.* vbi Andr. de Isern. Aluarot. & Iacob. de Bellonis, & Afflict. *notab.* 5. ita censuerunt AEgid. Bosius, *in pract. criminal. titul. de Princip. nu.* 240. Guillielm. Benedict. *in cap. Raiuuntius,* in verb. *hortum, n.* 17. *de testament.* Afflict. *decis.* 207. Iul. Clar. *lib.* 4. *sentent §. fœud. q.* 18. Boer. *decis.* 50. *num.* 19. Grammat. *cons.* 151. *nu.* 3. Menoch. *cons.* 181. *num.* 97. *&* 98. *lib.* 2. Carol. Ruin. *cons.* 108. *num.* 23. *lib.* 2. Mieres, 4. *part. q.* 20. *n.* 16.

49 ¶ Maximè, estando como estan, debaxo de vnos linderos vnidas y continuadas, nullo dato intermedio, quo casu censeri debent omnes partes eiusdem naturæ, vt concludit Nata, *consil.* 446. *num.* 1. religiosa enim sunt, quæcumque religiosis adhærent, inquit Consultus, in *l. qui religiosis, ff. de reivendicat.*

50 ¶ Quinimò, aunque no fuera la mayor parte desta dehesa vinculada, sino parte della, auiendose quedado la otra indiuisa en la particion del año de 544. (vt notauimus in secunda consideratione) se deuiera presumir toda vinculada, vt ex pluribus quę in terminis congessit, concludit Tiberius Decian. *dict. respons.* 76. *per totum. lib.* 3. præcipuè, *num.* 18.

51 ¶ Y por la parte de don Gonçalo, hasta aora no se ha mostrado titulo por donde le pertenezcan las quatro partes que pretende, ni por donde se prueue que son libres.

52 ¶ Sin que obste dezir, que ay cosa juzgada, en la qual solo se declararon las cinco partes por vinculadas, *Memor. nu.* 11.

53 ¶ Porque (como queda dicho, supra *nu.*) alli solo se tratò de adjudicar bienes al mayorazgo de Pedro de Cardenas.

54 ¶ Y presupuesto q̃ Luys de Cardenas dexò por su testamento vinculados todos sus bienes, *Memor. nu.* 2. y fue mejorado en el tercio de los que dexò su madre, *Memor. num.* 3. precissamente en la particion que Iuan de Cardenas, y doña Maria de Cardenas su hermana hizieron, en execucion de la carta executoria del año de 523. *Memor. num.* 4. *fol* 8. *B.* y de los autos de vista, y reuista del año de 532. *Memor. num.* 11. se le auia de adjudicar al dicho Iuan de Cardenas, demas de su quinta parte, como a vno de cinco herederos que erã de Luys de Cardenas su padre.

Otra

Otra quinta parte en bienes rayzes, por cabeça de Luys de Cardenas su hermano premuerto de quien era heredero: y assimismo el tercio de la mejora. Y es infalible que para en parte de pago, y satisfacion de aquesta quinta parte, y tercio que huuo de auer Luys de Cardenas, se le adjudicaron estas quatro de la dehesa de Tablada.

55 ¶ Y para que con euidécia se reconozca que passò assi, se deue aduertir, que por la executoria del año de 523. fue condenado Iuan de Cardenas, a que hiziesse particion con doña Maria su hermana de todas las tierras y heredamientos de Peñaflor, y dellos le diesse la quinta parte, como vno de cinco herederos, *Memor. num.* 4. y auiendose hecho esta; expressò agrauios la dicha doña Maria, pretendiendo, que de mas de las tierras que se auian partido, quedauan por diuidir ciertas casas y heredades de Luys de Cardenas su padre, especialmente el heredamiento de Tablada, y otros que especificò, *Memor. num.* 5. A que respondio Iuan de Cardenas, diziendo, que la executoria se auia cumplido, y la particion se auia hecho legitimamente, y otras razones, *Memor. num.* 5. Y auiendo pronunciado sentencia el Iuez inferior, en que declarò por bien hecha la particion, Se apelò por doña Maria para esta Chanchilleria, donde se proueyeron los autos de vista, y reuista (que tantas vezes se han repetido) en que se mandò sacar *para el vinculo de Pedro de Cardenas la tercia parte, y mas la tercia parte de las dos tercias partes de la dehesa de Tablada, Memor. num.* 10. & 11.

56 ¶ Hoc ita animaduerto, dezimos, que aunque es assi, que las quatro partes desta dehesa, por estos autos quedaron libres, paraque conforme a la primera executoria del año de 523. lleuasse su quinta parte dellas doña Maria de Cardenas, no la lleuò, ni se diuidiò (como resulta del mismo hecho) y el no auersele adjudicado en ellas su porcion, y auerse quedado con toda la dehesa Iuan de Cardenas, no pudo tener otro motiuo, ni causa, que el auerse aplicado aquellas partes a la quinta, y al tercio que huuo de auer Luys de Cardenas su hermano; porq̃ no hallamos, que auiendo dexado vinculados todos sus bienes, se le aya hecho adjudicacion, ni aplicacion de otros, excepto lo que refiere en su segundo codicilo Iuan de Cardenas, *Memor. num.* 13. quia semper praesumitur factum illud, cui causa probabilis accedit; Menoch. *praesumption.* 54. *nu.* 18. *lib.* 6. Mascard. *de probat. concl.* 732. *num.* 7.

57 ¶ Y aqui auia causa muy prouable para que se hiziesse la dicha adjudicacion mas en estas quatro partes de dehesa, que

en

en otra possession: atẽdiendo a que por auer dexado vinculados Luys de Cardenas sus bienes al mismo Iuan de Cardenas, *Memor.num.2.* por modo de agregacion y acrecentamiento al de Pedro de Cardenas: erat omni rationi consentaneum, que estando aquellas quatro partes continuas, y vnidas a las cinco vinculadas de la misma dehesa, que todas ellas fuessen de vna misma calidad, de vn mismo dueño, y sucessor, como pieça y possession, que toda junta era mas proporcionada para el intento de ambos fundadores.

58 ¶ Y con esto haze consonancia, que tres testigos de don Rodrigo, Miguel Sãchez, *Memor.num.41.* Pedro Baxo, *n.43.* Pedro Lopez, *num.44.* en sus deposiciones dizen, que esta dehesa fue de los mayorazgos que fundaron Pedro, y Luys de Cardenas: y aunque no con vnas mismas palabras, pero con tales, que se hecha bien de ver ser cierto el discurso referido.

59 ¶ Et concinit etiam, que siendo assi, que por el primero codicilo que otorgò Iuan de Cardenas, *Memor.num.12.* mãdò que todos los bienes que el auia vinculado por su testamento, fuessen libres, y los partiessen sus hijos, en la particion dellos no se tocò a esta dehesa (vt prædiximus) clara demostracion tambiẽ de que aquellas quatro partes no eran de Iuan de Cardenas, sino de la porcion de Luys su hermano.

60 ¶ Lo que vltimamente puede alegar en su defensa don Gonçalo contra nuestra pretension, es dezir, que le assiste la presuncion ordinaria, de que los bienes se presumen libres, y no vinculados, vt est vulgare axioma, & probat *c.1. §. inter filiam si de fœud. defunct. content. inter domin. & agnat.* Dom. Molin. *lib. 1. c.11.num.11.* & passim DD.

61 ¶ Pero esta defensa es fragil, & facilè diluitur; porque auiendo prouado don Rodrigo tan plenamente, que toda esta dehesa la han posseydo indiuidua por de mayorazgo doña Maria, y sus antecessores, mas tiẽpo de cincuenta años (y lo cierto es, que han sido mas de ochenta, porque la particiõ de los bienes de Iuan, fue el año de 544. *Memor. num. 14.* y la muerte de doña Maria fue el de 631. *Memor. num. 18.*) la presunciõ que resulta de la quasi possession en que han estado vinculados, præpondera, y vence a la de que los bienes se presumen libres, ita Menoch. *de arbitrar. lib.2. casu. 291. num. 3. & seqq. & casu. 472. num.26.* ibi: *Decimo validior est præsumptio, quæ descendit à quasi possessione, quam sit illa, quæ est, quod qualibet res præsumitur libera,* Mieres, *3.part.in initio, num.9. vbi alios conuocat, & n.26.* transcripsit in eadẽ verba Menoch.

62 ¶ La razon es euidente, y diòla Alciato en la *l. si priusquam, ff. de nou. oper. nuntiation. num. 24.* diziendo: que la presuncion del alodio es general para todos los bienes, y la contraria que nace de posseer algunos bienes vinculados, es especial, è indiuidua en los bienes posseydos, & per consequens præferenda, quia præsumptio specialis vincit generalem, *l. diuus, ff. de in integ. restit.* Propterea Tiber. Decian. *respons. 76. num. 23. lib. 3.* subscripsit, dicens: *Item fortiores sunt istæ præsumptiones, quam illa, quod bona præsumuntur libera, nam illa, quod bona præsumuntur libera, est generalis, hæ autem supra scriptæ, quæ inducunt, quod hæc bona sint subiecta fideicommisso, sunt speciales: ergò specialis præsumptio vincet generalem*, tradiderunt etiam Caualcan. *decis. 36. num. 517. 518. 552. part. 2.* Mandel. Albens. *cons. 382. num. 56. & 57.* Roland. *cons. 82. n. 58. vol. 2.* Crauet. *cons. 583. num. 17.*

63 ¶ Regulare namque es in omni materia, vt generi per speciem derogetur, *l. in toto iure, ff. de reg. iur. cum vulgat.*

64 ¶ Deniquè demos sin perjuyzio de la verdad, y sea la quinta y vltima consideracion, que todo lo que se ha ponderado cessara, presuponiendo, como es cierto, que Iuan de Cardenas dexò por sus hijos y herederos a doña Maria de Cardenas, y a doña Ysabel de Cardenas (de quien desciende don Rodrigo) y a Luys de Cardenas su nieto, padre de doña Maria Vitoria, *Memor. num.* Auiendose de considerar como libres las quatro partes de las nueue desta dehesa, no le pudo tocar a Luys de Cardenas, por cuya cabeça pretende don Gonçalo mas de la tercia parte de ellas, secundùm iura vulgaria; porque las otras dos pertenecian a doña Maria, y doña Ysabel, como coherederas. Y si en todo rigor no pudiera pretender el dicho don Gonçalo mas de la tercia parte destas quatro: a no obstarle todo lo q̃ aqui se ha fundado. Como las quiere todas? Et qua actione?

65 ¶ Quanto mas, que el mismo mayorazgo, por medio de los posseedores, por el transcurso de treynta años ha prescripto todas estas quatro partes, conuirtiendolas en su misma naturaleza, para los sucessores del, ex regul. textus, *in l. sicut, & in l. omnes, C. de præscription. 30. vel 40. annor. l. 21. titul. 29. part. 3.* cum cōgestis ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 26. num. 7.* ibi: *Sed pro vera eius resolutione dicendum erit, quod aut id quod præscribitur, præscriptum fuit ex titulo maioratus, & tanquam res maioratus, & tunc licet id errore facti processerit, nec vere res ipsa res maioratus sit, successori tamen ipsius maioratus, non eiusdem possessoris, qui præscripsit hæredibus pertinebit*, Molin. Theolog. *3. tom de iustit & iur. disput. 643. num. 2.*

66 ¶ La aplicacion desta doctrina es facil, y ajustada a

nuestro

nuestro caso, supuesta la prouança de don Rodrigo, de como toda esta dehesa se ha posseydo por de mayorazgo.

Agua de la dehesa de Tablada.

67 ¶ La prouança que tiene don Rodrigo, de q̃ esta agua es vinculada, es la misma que se ponderò de la dehesa de Tablada, supra *num.* in principio huius secundæ partis, porque vniformemente deponē los testigos, sobre la dehesa y agua que entra en ella: añadiendo q̃ la agua ha sido de las dos huertas, que la vna se llama la grande, y la otra de abajo, regandose siempre con ella, antes que se destruyessen.

68 ¶ Y tenemos mas, vna escritura, por la qual cõsta, que el Alcayde Pedro de Cardenas el año de 469. comprò de Alõso del Castillo, parte de la dehesa de Tablada, y vna huerta con los arboles *y agua que le pertenece*, en termino de Peñaflor, *Memor. n.* 8. *& num.* 56.

69 ¶ Y vnos autos de possession, por donde tambien cõsta que el dicho Alcayde el año de 468. la tomò de otra huerta, en termino de Peñaflor, q̃ dize comprò de Diego Garcia Serrano, *con el agua que le pertenece, Memor. num.* 57. *&* 58.

70 ¶ Estas compras se califica ser ciertas, con que ambas huertas se declararon por vinculadas, en los autos de vista, y reuista del año de 532. *Memor. num.* 11.

71 ¶ Y si estas son vinculadas, el agua dellas en necessaria consequēcia lo ha de ser tambien, porque auiendola comprado Pedro de Cardenas, precissamente se incluyò en el vinculo que dexò fundado de sus bienes, supuesto que no quedaron exceptuados algunos, *Memor. num.* 1.

72 ¶ Y si con todo esto se juntan las consideraciones que se han hecho por la dehesa de Tabla, *ex num.* (que tambien son aplicables algunas dellas a este intēto) no parece queda materia de dudar, para que se aya de tener por vinculada la dicha agua.

73 ¶ Pero sin embargo de que esta es vna verdad clara, y corriente, ha querido escurecerla la otra parte, pretendiendo que esta agua es libre, y para ello se vale de cierta prouança que le refiere, *Memor. ex num.* 48. *vsque ad* 54. pero es tan poderosa la verdad que nos assiste, que cõ sus mismos testigos nos à ayudado à comprouarla; Porque de cinco que sacò el Relator. Iuan de Pacias Colona, *Memor. num.* 49. *fol.* 12. *ad medium*, dize: *que tiene noticia, que las dichas huertas tienen cinco dias de agua.* Et paulò post: *que*

siem pre

siempre a oydo dezir, que las dichas huertas tienen cinco dias de agua, y quatro la de Armetilla, y en esta conformidad la gozaron la dicha doña Maria Vitoria, y don Gonçalo de Cardenas. Iuan Garcia Castillejo, *Memor. num. 50. eodem fol. B.* dize: *porque con ella se solian regar las huertas, que tenian cinco dias de agua, y quatro las tierras de Armentilla*, Et iterum inferius, ibi: *que se acuerda, que en tiempo que posseyò las dichas huertas, y dehesa, las huertas gozauan de cinco dias de agua, que a oydo dezir que les pertenecen.* Y lo mismo dize Francisco Lopez, *Memor. num. 51. fol. 13.* en quanto a que eran cinco dias. Y los otros dos concluyen, que con esta agua se regauan las dichas huertas antes que se despoblaran.

74 ¶ De manera que por su prouança resulta, que la dicha agua siempre hà sido de las dos huertas que comprò el Alcayde Pedro de Cardenas, comprouacion euidẽte, de que las compras dellas fueron con la dicha agua.

75 ¶ Lo demas que deponen los testigos de don Gonçalo (quando concedieramos que passò assi) ni nos prejudica, ni funda su intencion, porque, q̃ el agua entre en la dehesa de Tablada, por entre dos laderas, que la ayan gozado y posseydo doña Maria, y don Gonçalo, como cosa propia, vsando libremente della, vendiendola, y dandola a particulares, sin dexar regar las huertas despues que se despoblaron, y arrancaron los arboles, nihil ad rẽ: porque todo esto lo hizieron como posseedores delos mayorazgos de los Cardenas, y claro està que como dueños del agua dispondrian a su voluntad, procurando tener della el aprouechamiento que pudiessen; porque qualquier posseedor de mayorazgo, mientras viue, es dueño de sus possessiones, y de sus frutos y emolumentos, vt resoluit Dom. Molin. *lib. 1. cap. 19. n. 4.* Mier. *3. p. q. 9. num. 49.*

76 ¶ Pero de aqui no se infiere, q̃ por aquellos actos aya adquirido derecho alguno don Gonçalo para despues de muerta doña Maria de Vitoria, ni ha resultado perjuyzio a los sucessores de los dichos mayorazgos, ex iuribus, & doctrinis vulgaribus.

77 ¶ Lo que se infiere es, quan culposamente dexaron perder y destruyr las huertas del mayorazgo, cuya es el agua, para vsurparsela por este camino, dandose a entender que dexando de ser huertas, reduzidas a tierra calma, cessaua la obligaciõ de darles los cinco dias de agua, y que vendiendola muchas vezes para otras tierras, eran actos positiuos para que la tuuiessen por libre, y para adquirir dominio della, forsam, mirando a lo que auia de suceder, exitus enim acta probant, *l. quidam, ff. de reb. dub. l. cum Sylianiaum, C. de his, quib. vt indiget* cum alijs Barbos. *axiomat.* 87. y

todo

todo esto bien se vee quan poca subsistencia tiene auiendose hecho durante el tiempo de la vida de doña Maria Vitoria, vltima posseedora.

78 ¶ Finalmente, si la dehesa de Tablada por donde entra esta agua, es vinculada, y las huertas que se riegan con ella tambien lo son, quo iure pretende que ha de vsar della don Gonçalo? Si es conclusion constante en derecho, que el agua que entra en mi heredad, aunque nazca en la agena, es mia, como lo es la heredad, y puedo a pesar de los que tienen heredades anteriores, ò posteriores a la mia, sino se les deue seruidumbre, aprouecharme della, sin dexarla passar adelante, *l. 1. §. iidem aiunt, ff. de aqua publia arced. l. 1. §. illud labeo, ff. de aqua quotid. & æstib. l. 12. ad fin titul. 31. partit. 3. glos. in l. aquam, verb. pertinet, C. de seruitutib. & aqui.* & ibidẽ Bald. Bart. *in l. quominus, ff. de flumin. q. 14. num. 25.* Ias. *cons. 150. num. 16. in princip. volum. 2.* Surd. *decis. 9. num. 10. & alij passim,* si pues don Gonçalo no tiene heredad, ni seruidumbre adquirida sobre esta agua, vana pretension es, querer que se le dè la possession della.

Cortijo de Valhermoso.

79 ¶ Las escrituras y titulos que don Rodrigo tiene, de q̃ este heredamiento es vinculado, se refieren, *Memor. num. 104. & sequentib.* y aunque por ellos no consta ser vinculadas, mas de las cinco partes de nueue, para que tambien lo ayan de ser las otras quatro, nos valemos de las consideraciones que se han ponderado por la dehesa de Tablada, que todos son a proposito, y se ajustan para persuadir el mismo intẽto; itaque quod ibi diximus huc erit transferendum, vt inquit Consultus, *in l. ædiles aiunt 38. §. loquuntur, ædiles, ff. de edilit. edict.*

Meson en Peñaflor.

80 ¶ No parece se duda, que el Meson, y casas de Peñaflor quedaron vinculadas por el testamento de Pedro de Cardenas, por lo que resulta de las escrituras, y demas autos que se refieren, *Memor. num. 123. & seqq.* ni lo niega aquella parte. Lo que nos niega es, la identidad, valiendose de ciertas escrituras, testimonios, y prouança de testigos.

81 ¶ Pero, ni con lo vno, ni con lo otro puede conseguir su intento, porque en prouança le vencemos con conocidas ventajas, y las escrituras y testimonios no nos prejudican.

82 ¶ Don Rodrigo en la sexta pregunta, con diez y ocho

testigos, que los dichos de los seys se ponen, *Memor. num. 127. & seqq.* tiene prouado, como el Meson, de q̃ tomò possession (muerta doña Maria) es el vinculado, y que como tal le han posseydo, ella, y sus antecessores: la qual es prouança concluyente de su identidad; porque quando el pleyto es sobre la identidad de bienes sujetos a fideicomisso, y no con tercero posseedor, semejante prouãça califican por bastante los Doctores, aũ en juyzio petitorio, & hi sunt Bald. *cons. 89. num. 4 in princip. lib. 1.* Fulg. *cons. 145.* Nata, *cons. 335. num. 17.* Bursat. *cons. 268. num. 6. lib. 3.* Pedroc. *cons. 39. n. 171. lib. 1.* Menoch. *cons. 704. nu. 7. & 8. lib. 6.* Peregrin *cons. 48. num 10. & seqq. lib. 1. & cons. 19. num. 3. lib. 4.* Crauet. *in rub. ff. de legat. 1. num. 63.* Marzar. *in epit. de fideicommiss. quæst. 58* i Caualcan. *decis. 41. num. 10. part. 3.*

83 ¶ A que se junta, que algunos testigos presentados por la otra parte, confiessan ser este Meson vinculado (como lo aduierte el Relator *Memor. num. 142.* por estas palabras: *Vnos dizen, que no saben si es libre, ò de mayorazgo. Otros, que lo han tenido por de mayorazgo.*

84 ¶ La prouança de don Gonçalo se reduze a cinco testigos que sacò el Relator, *Memor. num. 138. & seqq.*

85 ¶ Iuan Ximenez, que es el primero, dize: *Que no sabe si es de bienes libres, ò vinculados.*

86 ¶ Don Iuan de Castañeda, segundo, cõcluye de oydas a doña Maria Vitoria, *Que era libre.*

87 ¶ Francisco de Aguilar, tercero, *Que lo ha tenido por de bienes libres, y se remite a la particion.*

88 ¶ Francisco de Costilla, quarto, *Que al Meson, y los demas bienes los ha tenido por libres.*

89 ¶ Baltasar Hernandez, quinto, no dize, *si es libre, ò vinculado*; y todos cinco concluyen, *auer oydo dezir, que se llama el Mesõ de la Cruz*, y la razon que dan los quatro dellos, *es porque està pintado enfrente vn Christo.*

90 ¶ De manera que destos cinco testigos, el primero no dize cosa de importancia. Ni el segundo, porque de la suerte que a doña Maria Vitoria, a quien cita por autora, despues de auer hecho donacion deste Meson al dicho don Gonçalo, no era justo darle credito de la misma, ni a este testigo, ex *cap. licet ex quadam de testib.*

91 ¶ El tercero, y quarto deponen de su propio sentimiento; ideòque non est illis fides adhibenda ex traditione, Bald. *in l. siue possidentis, vers. Sed quæro, C. de probat. & in cap. cum causam, n. 64 de testib.* Mascar. *de probat. concl. 458. n. 9. lib. 1.*

92 ¶ Y